

早稲田大学博士論文概要書

「買主としての使用取得」の研究
— *usucapio pro emptore* —

早稲田大学大学院法学研究科

清水 悠

序言

本稿は従来の通説・多数説に対して極めて挑戦的な内容となっている。本稿ではローマの短期取得時効とされる使用取得について検討したが、これについて「取引の安全」を確保する制度であるとする多数説を否定するものである。第 1 部ではまず、要件の一つであるボナ・フィデース (bona fides) 要件に触れ、その内容を「善意」とする通説を批判した。また第 2 部では、使用取得以外の占有保護制度を検討し、それとの比較で使用取得の機能を論じた。最後に第 3 部では、主に「女奴隷の子」の法的処理に関する検討を通じて使用取得の機能を明らかにした。第 1 部、第 2 部では主に制度論的な観点から使用取得の意義を論じ、第 3 部では多数説的見解を否定すべき具体的事例を中心に述べている。

第 1 部

第 1 部は、ローマ法における短期の取得時効制度である使用取得 (usucapio) の要件としてのボナ・フィデース (bona fides) の意義、意味内容を検討するものである。特に本稿では、いわゆる「買主としての使用取得 (usucapio pro emptore)」に着目した。

多くの学説は、使用取得が現代法と比較して短期で完成したことから、この制度が古代ローマにおいて「取引の安全」に奉仕したと考えている。しかし、本稿第 1 部は、むしろボナ・フィデース要件の設定により、使用取得が所有権取得・移転に対して制限的な効果を持ったことを立証しようという意図を有している。

使用取得要件については、伝統的に、中世以来の 5 要件として把握するのが通説である。それらの要件の中でも、ボナ・フィデース要件については、やはり中世以来、法学上の「善意」として理解されてきた。ボナ・フィデースを「ある事実を知らないこと」、つまり善意とする見解の趨勢は現代においても同様であり、Hausmaninger の体系的な論文が現れて以降、もはや「通説」となっている。ところが、近年、Söllner をはじめとして、こうした「通説」の理解に挑戦しようという学説動向が現れている。

本稿も、Hausmaninger を中心とする「ボナ・フィデース＝善意」という理解に対して、懐疑的な態度で臨むものである。

このような論述を展開する前提として、まず第 1 章では、ローマ所有権体系の概要、手荷物や握取行為といったローマ法に特有な現象についての論述を展開する。こうした法システム自体が使用取得制度の前提であり、また使用取得に関連する各法文史料にも登場することから、史料理解の前提となると考えられるからである。さらに、通説的 5 要件に対する新説として Pool の 3 要件説が登場していることを紹介し、本稿の論点との関係では 5 要件説に則ることを表明する。

第 2 章はボナ・フィデースの具体的な内容理解について論述している。そこでは、Hausmaninger の理解に対して、法文その他の史料に照らしてもはや賛同できないことが表明される。Hausmaninger の理解はボナ・フィデースを善意や錯誤としてとらえようとするあまり、法文を曲解していることが、史料上明らかとなる。

本稿第1部での検討の結果、ボナ・フィデースは、倫理的・道徳的要素、また売買の信義誠実的要素を含んでおり、「善意」を超えて広がりを見せる概念であることが明らかとなった。民法177条の背信的悪意者排除論との比較においては、ボナ・フィデース要件の設定は悪意者排除論というよりも、むしろ「背信者排除論」とでもいうべきものである。すなわち、排除する対象を限定するのではなく、むしろローマ人の取引通念・倫理観に反する取引行為・所有権取得を制限するために、背信的な取得行為を広く禁圧する意図があると考えられる。そして、いずれも買主・取得者の内心に着目した概念であると理解できる。古典期ローマの法学者が観念していたボナ・フィデースを善意として画一的・統一的に理解する見解は、もはや維持できない。

また、パウルスによれば、使用取得していた者が他人の物であることを知っている者に売った場合、使用取得できない。つまり、ある者がいったん使用取得しても、他人の物であることを知っている者との関係では、使用取得できないということになる。これは、一度前主がボナ・フィデース要件の具備を認められて使用取得したとしても、転得者と真の権利者との関係で再び他人の物であると知っているかどうか、ひいてはボナ・フィデースであるかどうかチェックされるということを示している。すなわち、ボナ・フィデースの取得者が出現した時点で真の所有者の失権が確定するという「絶対的構成」ではなく、真の権利者との関係でボナ・フィデースか否かが検討されるという、「相対的構成」をとっているものと考えられる。

本稿ではボナ・フィデース要件に関連する多数の法文史料を検討した。確かに、多くの法文でボナ・フィデースを「善意」と読むことが可能であることを確認したが、同時に、「善意」の範疇には入らないボナ・フィデースの要素が見つかった。例えば、倫理的・道徳的要素、また売買の信義誠実的要素が確認された。そうした信義誠実と結びついた売買に由来する取引慣行の一つとして、売買代金の支払がボナ・フィデースの要素となりうることも確認した。こうした要素を要求する背景には、買主が内心において持っている意図が、倫理的・道徳的要請に、また、売買の基礎となる信義誠実的要請に適合しているか否かという考慮がある。

ボナ・フィデース要件は多くの法文において現代法学でいう「善意」と理解できるが、善意はボナ・フィデースの一要素であって、ボナ・フィデースそのものではない。そういった意味では、本稿は Söllner の見解 と認識を共有している。ただし、本稿の立場は、ボナ・フィデースの本質的要素が内心的・心理的要素であることを強調する点で Söllner の見解とは異なる。このように、多くの事例において、たいていは「善意」によってボナ・フィデース要件が満たされるが、上述の要素の影響を受けて事例ごとにさらに広がりを見せる概念である。

この要件が、上述のような要素をも含んだハードルとして設定されるとすれば、その趣旨は、ローマ人の倫理的・道徳的規範意識に反する取引行為を禁圧する意図を含んでいると見ることができよう。

また、注目しなければならないのは、本稿で挙げた「善意」を超える心理的要素を示す法文が、いずれもユーリアーヌスの見解であるという点である。ユーリアーヌスにとって、ボナ・フィデース要件の内容は、現代法学でいう善意を大きく超える倫理的・信義誠実的意義を持っていたと考えられる。彼の思想に従えば、ボナ・フィデースは上述のような要素を含んでいるので、判断する者の恣意が介在しやすく、適用される側にとっては予測がしにくい面を持っている。なぜなら、何について知っていれば悪意で何について知らなければ善意というような、そういったレベルの判断では到底収まらないような判断が求められるからである。

しかしながら、ユーリアーヌスの見解を単なる「仲間はずれ」として考えるのは妥当でない。古典期ローマ法学者が、ボナ・フィデース概念について画一的な善意とは考えていなかったという基礎が存在すると考えられる。そもそも、現代法のごとく、物権法・債権法・手続法とカテゴリーを分け、ボナ・フィデースという同じ用語を概念分けして用いていたと考える方が不自然であろう。とはいえ、ユーリアーヌスには明らかな特徴が見られるので、その原因を探ることが今後の課題となる。

加えて、法学者達の見解が対立しているため、ボナ・フィデースが正当原因要件の帰趨にまで影響する可能性があることがわかった。結局、このようにボナ・フィデースの意義や機能を一義的・統一的な概念としてとらえるのが困難であったり、正当原因に関する判断においても見解が分かれているように思われるのは、ローマの法学の学説形成の経緯にも起因していると考えられる。ローマの法学者は、まずもって、体系的な思考をしない。学説彙纂の法文を見てもわかるように、特定の概念を前提とした演繹的な判断をしていないのである。事例ごとに各法学者がそれぞれの判断をしており、悪く言ってしまえば、場当たりのである。法概念の形成過程のこうした構造から見ても、買主の利益の観点からは、一定のハードルを越えれば保護されうるという要件の告知機能を欠いている。

第2部

本稿の第2部もまた、古典期ローマ法における「買主としての使用取得（*usucapio pro emptore*）」の制度的機能を解明するという研究の一部を構成するものである。

本稿では、古典期ローマ法における使用取得そのもの以外の考えうる占有者保護手段を順次検討した。これには使用取得制度の意義をいわば「裏から」確認する意義がある。これらを検討することにより、それぞれの制度の機能やその「守備範囲」を明らかにした。しかし、第2部第2章で検討したように、特示命令や抗弁、その他の訴権は、買主の所有権保護という場面では完全な機能を果たしたとは言い難い。ただし、使用取得を修正したと考えられるプーブリキウス訴権は買主保護の場面で重要な役割を担ったと考えられる。

従って、本稿の第2部第3章ではプーブリキウス訴権の検討に特に重きを置いた。その結果、通常の使用取得は、むしろ相手方が売主ではない真の所有者である場合にしか独自の機能を果たさないことが明らかとなる。論者によっては、このカテゴリーにつき使用取得が

機能する余地が残っていることを強調するものがあるが、むしろ、限定的な場面でしか機能しないことこそ強調されるべきであろう。

すなわち、もともと所有権譲渡・取得に対して制限的な制度であった使用取得は、しだいに取引や所有権取得そのものに弊害をもたらすようになり、是正の必要が出てきた。そして、そのような使用取得がもたらしてきた弊害を是正するために導入されたのがプーブリキウス訴権である。使用取得が所有権取得・譲渡について制限的な機能を果たしたことは各要件から明らかであり、この訴権は期間要件を撤廃する効力を持った。

プーブリキウス訴権はこの他にも円滑な取引に直結するような転得者保護の場面において「改革」を行っており、民法 94 条 2 項の適用場面と比較可能である。その内容とは相対的構成から絶対的構成への転換である。すなわち、通常の使用取得では、一度ボナ・フィデースの者が売主から買っている、転得者自身がボナ・フィデースでなければ使用取得できないため、マラ・フィデースの転得者は所有権取得できない（相対的構成）。しかしながら、プーブリキウス訴権においては、一度ボナ・フィデースの者が介在すれば、最終的に転得者がマラ・フィデースであってもプーブリキウス訴権の行使を認める（絶対的構成）。逆に、最初の買主がマラ・フィデースの場合、転得者がボナ・フィデースでも訴権行使を認めないという実質的な絶対的構成を採用している。これは純粋な使用取得には見られなかった事例検討であり追加された事項であろう。管見の限り、このような視点からの検討を試みた論文は国内外で見られない。

このように、法務官ないし法学者による改革の痕跡がみられるが、売り主以外の第三者に対しては、プーブリキウス訴権で対抗することはできなかった。これは使用取得制度によって極度に制限されていた所有権譲渡・取得を是正しようとした改革の限界である。この限界はローマ市民法上の所有権の「重み」に起因しており、本稿では容易に所有権取得を認めなかったといういくつかの史料を示した。

本稿第 2 部の検討で明らかになったのは、プーブリキウス訴権の機能と使用取得制度の性質だけではない。それらを通じて明らかになったのは、ローマ人にとっての所有権の重要性とその新たな取得・移転に対する保守性である。新規の取得・譲渡を容易には認めようとしない頑ななローマ人の姿勢に対峙するときには、そもそもローマの所有権概念が我々の想定にあるような近代的所有権概念と一致しないのではないかという疑問すら沸き起こる。

第 2 部を終えての今後の課題は、こうした所有権取得・移転について制限的な態度を貫こうとしたローマ人の歴史的・環境的背景を探り、ひいては、ローマ人が観念していた所有権概念の実態をわずかながらでも検討していくことである。加えて、古典期ローマ法における売買の構造と、その発展の経過を追う必要がある。売買こそ「買主としての使用取得」における正当原因要件に他ならず、その正体を解明してこそ買主の視点から見た使用取得の全体的な解明が可能となる。

第 3 部

本稿の第 3 部は、ローマ法上で、現代の民法上の果実概念の形成につながる現象の一端を考察したものである。意図としては、使用取得が実際に所有権の取得・移転に対して制限的な効果を発揮したという具体的な実例を示すためである。それらの現象は、そもそも動物の子を果実を含めるか、あるいは女奴隷の子を果実を含めるかという前提的な問題に関する大きな論争の足跡を示している。さらに、特定の動物を果実とみなすとしても、元物に関する権利の設定・移転があった場合に、その果実をどのように処理するかについて、法学者たちの議論の形成が読み取れる。

元物が単なる他人物である場合のその果実の法的運命についてはさほど議論はなく、また、盗物ではない女奴隷の子の処遇、元物が盗まれていた場合の果実の処理についても論争はあまり見られない。しかし、盗まれた女奴隷の子の取得に関して法学者が示した見解は、統一的・体系的考察が困難なほどに多様である。

盗まれた女奴隷から生まれた子はどのような条件で盗物とされ使用取得不可能となるか、使用取得の主体となれる占有者はいかなる者か、従って使用取得の原因（*causa*）は何か、使用取得要件の一つとされるボナ・フィデースはいずれの時点で要求されるか、という論点に関して、法学者の見解は繚乱の様相を呈している。古くからの論争として「女奴隷の子は果実に含まれるか？」という問題があったという事実が示しているように、女奴隷の子を動物の仔と同視するか、果実に含まれると解釈するか、という問題は難問であり政策的な配慮が必要だったと考えられる。その政策的な思惑の背景には、奴隷が有していた単なる動物をはるかに上回る社会的・経済的重要性があった。

ただし、いずれの法学者も完全に一致している結論がある。例えば、盗まれた女奴隷に限らず、他人物である女奴隷から生まれた子に関しては、必ず使用取得が必要とされる点である。すなわち、たとえボナ・フィデースで当該女奴隷を取得した者であっても、ただちにその子の所有権を取得することを防止し、正当原因（*iusta causa*）によって取得の主体を限定し、任意の時点でのボナ・フィデース要件の充足を要求することにより信義誠実に反する所有権取得を禁じた。プーブリキウス訴権を用いれば、動産の場合の 1 年の使用取得期間を待たずに権利主張が可能であったが、その際には訴権行使時点でボナ・フィデースが要求される。

つまり、使用取得を介在させることで、奴隷のような特に社会生活上重要な財産について、ローマ人の倫理観・取引通念に反するような取得を制限し調整する機能を果たしていたと言える。そして、その制限を厳格にするか緩和するかを巡って、法学者による多岐にわたる論争が展開されていたと考えられる。

第 4 部 結語

本稿の第 1 部から第 3 部までの検討を通じて明らかになった事実は、いずれも多数説的見解を否定する論拠となり得る。つまり、多数説はローマ法上の使用取得制度が、当時「取引の安全」を担保する制度として機能したと考えるが、法文史料や当時の社会状況に鑑みて、

否定すべきである。

使用取得が完成するためには使用取得要件をクリアしなければならないが、まずもってボナ・フィデース要件のハードルが高い。本稿で法文史料をもとに検討したように、ボナ・フィデース要件の内容は「ある事実を知らないこと」を指す、現代法でも用いられる「善意」概念ではない。むしろ、ローマ人にとっての取引通念・倫理観に由来する信義誠実的な要素を含んだ概念である。従って、「ボナ・フィデース＝善意」とする通説的見解は、ローマの法文史料等を根拠として、支持することはできない。さらに本稿で検討したように、ローマ人にとってのボナ・フィデースは事例ごとにある程度の広がりを持つ概念であって、善意のように排除対象者を限定的に画することが困難である。

使用取得の完成に必要な要件として、ボナ・フィデース要件の具備を求めるということは、ローマ人の取引通念や倫理観にそぐわない財貨の取得・移転行為を制限する思想を示している。その背景には、社会生活全般にわたってフィデース（信義）を中心に相互の関係を構築するという社会構造があったと想像できる。そして、フィデースを軸として法制度を整備するという意味で、使用取得制度の運用にもこのボナ・フィデース概念が大きく影響していたと考えてよいだろう。フィデースに適うか適わないか、それがローマ人にとって適切な財貨の取得・移転に該当するか否かの基準となり、使用取得に必要な要件としての筆頭的なポジションを占めていたと想像する。

加えて、このボナ・フィデース要件が、目的物取得の根拠を示す正当原因（*iusta causa*）要件の帰趨に影響すると考えたローマの法学者もいたことが史料上確認できるので、使用取得制度自体が極めて複雑な構造を内在していることが明らかになった。こうした複雑な構造もまた、迅速な財貨の移転を望む買主、転得者にとっては阻害要因となっただろう。

また、使用取得要件の中には、使用取得可能な対象物を限定する要件があるが、本稿で特に着目したのは「盗物」の排除である。すなわち、一度「盗」という行為により盗物となった目的物は、真の権利者のもとに復帰しないかぎり、未来永劫にわたり使用取得可能な対象から排除される。これには、原権利者の権利を最大限尊重し何よりも優先するというローマ人の思想が如実に表れている。その傾向が特に現代法制に比して特に顕著であることは本稿で既に述べた。こうした原権利者保護という保守性は、現代人の我々には理解しがたいほどに徹底していた。

さらに、使用取得においては不動産について 2 年、動産について 1 年という占有期間が要求される。しかし、使用取得が要求される事例の中には、現代に生きる我々にとってはただちに権利の移転を認めても差し支えないようなものが多く含まれる。つまり、現代法制においては適正・迅速な財貨の移転のために即時の所有権取得が認められるような事例においても、2 年あるいは 1 年という期間を設定し、その間の占有によって初めて所有権を取得できるという障壁を課した。もちろん、そうした期間の間に真の権利者が対象物を発見し自己のものとして取り戻す機会を与えるという、原権利者を手厚く保護するための配慮もあった。

こうした期間要件もまた、取引の安全という観点からはマイナスの要因である。この期間の設定が取引行為を通じた財貨の取得・移転に対して弊害をもたらしたという点は、プーブリキウス訴権の導入によって実質的にこの期間要件が、ほとんどの被告を相手方とする場合に廃止されたという事実が物語っている。ただ、被告が市民法上の所有者である第三者であった場合、例えば原告が無権利者から目的物を購入しその目的物の真の権利者が被告となった場合にはプーブリキウス訴権を行使できない。行使しても敗訴してしまう。この事実が示しているのは、やはり原権利者の優先である。

結局、プーブリキウス訴権を導入して使用取得制度の弊害を是正しようとはしたが、「ローマ市民法上の所有権」が有していた価値・重要性のゆえに、真の権利者から権利を剥奪することには躊躇があったはずである。実際、ローマ人はこの場合になお使用取得期間の経過を要求した。

最後に検討した女奴隷の子の法的処理をめぐる問題に関しては、使用取得が実際に所有権取得・移転について制限的に機能したという具体例が明らかになった。母が盗物であった場合だけでなく、単なる他人物であった場合にも、その子の所有権取得のためには必ず使用取得が要求された。ローマの法学者の間で多くの複雑な議論が交わされていた形跡があるが、その要求だけは合致していた。女奴隷の子に関する法的処遇が示しているのは、使用取得が新規の所有権取得・移転、特にローマ人にとって社会経済的に重要な財産のそれに関して抑制的に働いていたという実例である。

以上のような検討を重ねた結果、本稿では、多数説的見解に賛同できない。すなわち、ローマ法上の使用取得、特に本稿で中心的な問題とした「買主としての使用取得 (*usucapio pro emptore*)」は、取引の安全を担保するために存在していた制度ではない。むしろ、ローマ人にとっての取引通念・倫理観に基づく要求に違背するような取引行為を戒め、原権利者の権利を第一義的に優先し、新規の所有権取得・移転を容易には認めないための制度であった。もちろんその背景には、重要財産についての取引では特に相互の信頼関係が重視され、フィデース（信義）を基調とした人的関係を基盤とする社会構造が存在したことが想像できる。

ただし、本稿の第1部から第3部までの検討を経た上でも、各部の末尾で紹介したように、依然いくつかの課題は残る。特に古代ローマ人にとっての「ローマ市民法上の所有権」の在り方は根源的な課題である。我々が手にとるローマ法に関する研究書、概説書、教科書等では、古典期ローマにおいては、現代社会に生きる我々が観念するような「所有権」が存在していたという説明をしばしば目にする。しかしながら、法文史料等を精査すると、我々の目から見れば所有権の移転に関して過度に保守的なローマ人の態度が際立つ。確かに、「ローマ市民法上の所有権」が容易に侵害されないように工夫されていたとすれば、所有権の絶対性が確保されていたと言ってもよいかもしれない。しかし、本稿の検討を踏まえれば、使用・収益はよいとして、自由にかつ容易に処分することを想定していた性質の権利であったのかという点について疑問がある。

そもそも、ローマ人の観念していた「ローマ市民法上の所有権」が我々の言う「所有権」と概念的に一致していたのだろうか。この問題を解決しなければ、ローマ人にとって財貨の移転が意味していたことも分析が難しいだろう。従って、この点が今後の課題として残る。